

NEUQUEN, 19 de marzo de 2013.

Y VISTOS: En acuerdo estos autos caratulados: “GUZMAN SERGIO RAUL Y OTRO C/ MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN S/ SUMARISIMO ART. 47 LEY 23551”, (EXP Nº 464400/12), venidos en apelación del JUZGADO LABORAL NRO. 2 a esta Sala II integrada por los Dres. Federico GIGENA BASOMBRIO y Patricia CLERICI, con la presencia del Secretario actuante Dr. Miguel E. BUTELER y, de acuerdo al orden de votación sorteado, la Dra. Patricia CLERICI dijo:

I.- Ambas partes interponen recursos de apelación contra la sentencia de fs. 120/128 que hace lugar a la demanda condenando a la accionada al pago de las indemnizaciones por despido, y rechaza el pedido de reinstalación de los demandantes en sus puestos de trabajo, con costas a la demandada.

A) La demandada se agravia por que la indemnización por un supuesto despido arbitrario no fue objeto de la acción entablada en autos. Dice que el verdadero objeto de la demanda fue la reinstalación en el puesto de trabajo y el pago de los salarios caídos, fundado en una supuesta violación de garantías sindicales. Sigue diciendo que en modo subsidiario los actores reclamaron la reparación prevista en el art. 245 de la LCT, invocando el precedente “Ramos” de la CSJN.

Señala que la doctrina sentada en la causa “Ramos” resulta ajena e inaplicable al caso de autos. Agrega que en el sub lite no se encuentra ninguno de los elementos considerados por la Corte Suprema para determinar la indemnización por despido arbitrario en la causa referida. Manifiesta que en autos no existió rescisión de contrato que pueda equipararse a un despido injustificado; que los contratos de locación de servicios suscriptos con los demandantes vencieron y no fueron renovados. Sostiene que no existieron tampoco renovaciones sucesivas, y que tampoco puede entenderse que los demandantes prestaron tareas y fueron sometidos a un régimen equiparable al de un empleado de planta permanente.

Dice que quedó acreditado que la contratación de los actores respondió a una nueva actividad generada por la creación de una Radio Municipal, a fines del año 2010, circunstancia que justificó la contratación de personal especializado en la materia.

Entiende que la a quo ha fallado extra petita, otorgando una indemnización que no fue materia de la litis.

Expresa que el objeto de la Ley 23.551 no es otorgar por vía sumarísima una indemnización por despido, sino, por el contrario, disponer el cese inmediato de cualquier comportamiento antisindical.

También se agravia por la imposición de las costas procesales.

Dice que el objeto de la acción –reinstalación de los actores en sus puestos de trabajo- fue rechazado. Si bien la sentencia hace lugar al pago de la indemnización, aún en el supuesto que

esta condena fuera correcta, entiende que las costas tendrían que haberse distribuido en el orden causado.

B) La actora, por su parte, se agravia por el rechazo de la reinstalación de los demandantes en sus puestos de trabajo.

Dice que la a quo fundó su decisión en que, no obstante la subsunción de los hechos de autos en el art. 47 de la Ley 23.551, no procede la solución expresamente prevista –reinstalación-, en atención a que la empleadora instrumentó un contrato de locación de servicios, por lo que, a criterio de la recurrente, se desecha de un plumazo todo el contenido protectorio del derecho laboral.

Señala que la sentenciante de grado inaplica el principio de primacía de la realidad, toda vez que en autos se dan todos los elementos que tipifican el contrato de trabajo. Agrega que la demandada no desvirtúa la existencia de la relación laboral, sino que alega que se trató de una locación de servicios.

Se queja por la no aplicación de la Ley 23.529, más aún cuando la sentencia ha tenido por acreditado que la desvinculación de los actores constituye una represalia con contenido de discriminación negativa por motivos gremiales.

Finalmente se agravia por la forma en que se resuelve la pretensión subsidiaria, y la falta de consideración respecto a la calidad de trabajadores de prensa de los demandantes, y la grave afectación a la libertad de expresión que importa el despido discriminatorio operado.

C) La demandada no contesta el traslado de la expresión de agravios de la parte actora; en tanto que ésta rebate los agravios de su contraria a fs. 156/157.

Dice que la propia demandada señala la existencia de una pretensión subsidiaria de reparación económica, por lo que su cuestionamiento sobre sentencia extra petita se desvanece.

Entiende que el desarrollo de una nueva actividad no exime al Estado del cumplimiento de las normas laborales, y pone de manifiesto que la actividad de la emisora radial continúa hoy. Recuerda que la manda del art. 9 del Estatuto del Personal Municipal limita las contrataciones temporarias al término de un año.

Destaca que la demandada no ha explicado por qué cuatro personas idóneas, que tuvieron un correcto desempeño laboral, fueron cambiadas por otras personas, cuando respecto de los restantes trabajadores se renovaron los contratos.

II.- Ingresando al tratamiento de los recursos de apelación de autos, entiendo conveniente partir de aquellos extremos que han quedado firmes por no haber sido motivo de agravios.

No discuten las partes, y, por tanto, son cuestiones que no pueden ser modificadas en la Alzada, que: 1) los actores se desempeñaban, bajo la modalidad de locación de servicios, en la Radio Municipal, que funciona dentro del ámbito de la Municipalidad de Neuquén; 2) que el 29

de septiembre de 2011 fueron elegidos delegados gremiales –titulares y suplente-, elección que fue comunicada a la empleadora; y 3) cumplida la fecha de finalización de los contratos de locación de servicios, la demandada no renovó la contratación de los actores.

De acuerdo con los términos de la demanda, los actores demandan con fundamento en el art. 47 de la Ley 23.551, persiguiendo la reinstalación en sus puestos de trabajo y el pago de los salarios caídos, por violación de los arts. 40, 48 y 50 de la Ley 23.551, por haber incurrido la demandada en práctica desleal en los términos del art. 53 incs. b), e), g), i) y j) de la ley mencionada. Subsidiariamente solicita el análisis de la cuestión desde la óptica de la Ley 23.592, peticionando que se disponga la nulidad de la conducta discriminatoria, la reincorporación de los trabajadores, y el resarcimiento de los daños morales y materiales ocasionados.

Conforme lo señalado en el párrafo anterior, y porque ello fue así propuesto por los accionantes, quienes tiene plena libertad para disponer de la acción que pretenden entablar, el primer abordaje de la situación debe hacerse desde la Ley 23.551.

Teniendo los demandantes la calidad de delegados gremiales, y encontrándose anoticiado de ello el empleador, no cabe duda que respecto de los accionantes regía la garantía prevista en el art. 52 de la Ley de Asociaciones Sindicales.

Sin embargo, y tal como lo señala la a quo, de acuerdo con el criterio sustentado por esta Sala II en autos “Romero, Juan Carlos c/ Roldán, Juan Esteban s/ Sumarísimo art. 52 Ley 23.551” (P.S. 2011-II, n° 83), dicha tutela rigió únicamente durante la vigencia del contrato de locación de servicios. Se dijo en el precedente señalado que: “...Ello determina que el actor no pudo estar amparado por la tutela sindical una vez vencido el término contractual, ya que el contrato a plazo fijo limitaba el ejercicio de su actividad gremial a la duración del vínculo. La sola circunstancia de adquirir el carácter de representante sindical no puede, por si sola, modificar la naturaleza jurídica de la relación preexistente entre las partes (cfr. Cám. Apel. Trelew, Sala 1°, 20/11/1997, “Badilla Bravo c/ Alpesca S.A.”, Lexis n° 15/6152)”.

Adviértase que en realidad no existe despido por parte de la Municipalidad de Neuquén, sino una finalización normal del contrato suscripto por las partes por vencimiento del término acordado antes de la postulación como delegados gremiales; en tanto que el acto que la Ley de Asociaciones Sindicales prohíbe es el despido y/o la modificación de las condiciones de trabajo. Señala De La Fuente que “parecería que la estabilidad sindical podría ceder en estos casos de terminación normal del contrato, cuando queda en principio excluida la posibilidad de que el empleador incurra en una conducta antisindical, que es precisamente lo que la ley –a través de la estabilidad especial- busca evitar. En el mismo orden de ideas, no resultaría fácil admitir que la sola designación de un trabajador como dirigente sindical, pocos días antes de la extinción natural del contrato, importe la continuidad de la relación en contra de la voluntad del empleador, dando así nacimiento a un vínculo impuesto obligatoriamente, lo cual podría ser de dudosa constitucionalidad (no podría hablarse ya de un contrato sino de relación de hecho obligatoria impuesta al empleador por un sujeto privado como es el sindicato)” (cit. por

Machado, José Daniel – Ojeda, Raúl Horacio, “Tutela Sindical”, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2006, pág. 266). Los autores citados, pero para el supuesto del trabajador que se encuentre en condiciones de jubilarse, señalan que una intimación tempestiva del empleador en los términos del art. 252 de la LCT inhibe la posibilidad del trabajador de postularse para un cargo de representación o, al menos, determina que el nuevo mandato o postulación no generará derecho a la estabilidad en el empleo respecto de ese empleador (op. cit., pág. 268).

Trasladando estos principios al caso de autos tenemos que, si los actores suscribieron el contrato de locación de servicios con un plazo de duración determinado, antes de la postulación y posterior elección como delegados gremiales, la decisión de no renovar el contrato llegado el vencimiento del plazo acordado no vulnera, en principio, la libertad sindical, ni la tutela especial prevista por la Ley 23.551. El contrato llegó naturalmente a su fin, por transcurso del tiempo. Nada puede reprocharse, entonces, al empleador que decide su no renovación.

Se trata aquí de preservar la buena fe que debe guiar el desarrollo de toda relación laboral. Si los actores conocían que su vinculación con el municipio era temporaria, no pueden pretender modificar esta situación –previa a su elección como delegados- como consecuencia de la tutela sindical. Cabe señalar que no puede discutirse que los actores trabajaban en relación de dependencia con el municipio (más allá que ésta se rija por el Estatuto del Periodista Profesional o por el Estatuto del Personal de la Municipalidad de Neuquén), ya que ello se encuentra ínsito en la calidad de delegado gremial, no habiendo mediado oposición oportuna de parte de la demandada cuando fue informada de la realización del acto eleccionario y de quienes eran los candidatos (fs. 9/10), ni cuando se le notificó el resultado de la elección (fs. 11). Más, como vengo diciendo, esta relación laboral tuvo carácter temporario, y ello no puede ser modificado por la representación sindical.

III.- De lo expuesto en el apartado precedente surge, entonces, que los demandantes no pueden invocar la tutela sindical del art. 52 de la Ley 23.551.

Sin embargo, y este es un elemento que no se encontró presente en el precedente “Romero c/ Roldán”, los accionantes fundan su pedido de protección no sólo en la específica tutela que deriva de su condición de delegados gremiales, sino que invocan también la existencia de conducta antisindical de la demandada, constitutiva de práctica desleal y traducida en su decisión de no renovar los contratos con los delegados justamente por investir éstos representación gremial, invocando como fundamento legal las normas de los arts. 47 y 53 de la Ley 23.551, y la ley antidiscriminatoria. El art. 47 de la Ley 23.551 dispone que todo trabajador o asociación sindical que fuere impedido u obstaculizado en el ejercicio regular de los derechos de la libertad sindical garantizados por la ley podrá recabar su amparo ante el tribunal judicial competente. Más allá de la discusión suscitada en torno a la interpretación de este artículo, sobre todo en lo referido a los derechos que ampara y el contenido de la sentencia que se dicte como consecuencia de esta acción, lo importante para el sub lite es que el campo de aplicación del precepto está limitado a aquellos supuestos en que la propia Ley 23.551 no haya regulado la defensa de los derechos por ella consagrados mediante requisitos y

procedimientos distintos (cfr. Rodríguez Mancini, “Acción de tutela por conductas antisindicales”, TySS 1997, pág. 207; Scotti, Héctor Jorge, “La protección de la actividad gremial” en “Tratado de Derecho Colectivo del Trabajo”, dirig. por Julio C. Simon, Ed. La Ley, 2012, T. I, pág. 622; Fernández Madrid, Juan Carlos, “Tratado Práctico de Derecho del Trabajo”, Ed. La Ley, 2007, T. III, pág. 275).

Por ende, contando los actores con la protección específica del art. 52 de la Ley 23.551, no pueden ampararse en la genérica del art. 47 del mismo cuerpo legal, sin perjuicio de la remisión que hace la primera de las normas citadas al art. 47 a los efectos de determinar el tipo de proceso.

Tampoco cabe considerar el amparo de los actores a la luz del art. 53 de la Ley 23.551, desde el momento que la práctica desleal se sanciona con multa a favor de la autoridad administrativa del trabajo (art. 55, Ley 23.551), pretensión no manifestada por los accionantes en su demanda.

Resta considerar, entonces, la situación de los demandantes desde la óptica de la Ley 23.592.

El art. 1° de la ley citada establece que “Quién arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño material y moral ocasionados. A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos”.

La Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo determinó el reintegro del activista sindical – no protegido por la Ley 23.551-, con fundamento en la ley antidiscriminatoria (cfr. Sala VI, “Balaguer c/ Pepsico”, 10/3/2004, DT 2004, pág. 775; Sala IX, “Greppi c/ Telefónica de Argentina”, 31/5/2005; Sala V, “Parra Vera c/ San Timoteo SA”, 14/6/2006, LL 2006-D, pág. 217). En tanto que el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, con igual fundamento legal, privó de efectos a la cesantía de la esposa del secretario general del sindicato que nuclea al personal del Banco Hipotecario (autos “Pellejero, María M.”, sentencia del 2/6/2005 convalidada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en fallo de fecha 7/12/2010).

No advierto inconvenientes en aplicar el régimen de la Ley 23.592 al delegado gremial, ya que si bien cuenta con una tutela específica brindada por la Ley 23.551, nada obsta a que reclame protección en los términos de la ley antidiscriminación, desde el momento que cercenarle esta posibilidad importaría tanto como violar el principio de igualdad ante la ley (art. 16, Constitución Nacional). Se le impediría el acceso a justicia por esta vía por el hecho de ser representante sindical, cuando cualquier otro habitante de la República Argentina está en condiciones de demandar el cese de un acto discriminatorio, y la consecuente reparación de

los daños ocasionados. Al respecto cabe recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha pronunciado sobre la procedencia de la aplicabilidad de la Ley 23.592 a la relación de trabajo subordinado (cfr. autos “Álvarez c/ Cencosud SA”, sentencia del 7/12/2010), como así también ha tachado de inconstitucional la norma que vedaba el acceso a la reparación del derecho civil para el trabajador accidentado protegido por la Ley 24.557 (autos “Aquino”, Fallos 327:3753).

Tampoco contradice lo afirmado precedentemente respecto de otorgar tutela general cuando el trabajador cuenta con la protección específica, ya que tal regla es válida dentro del régimen de la Ley 23.551, pero no opera respecto de la Ley 23.592 por tratarse de un bloque normativo distinto. Ahora bien, para que opere la aplicación de la Ley 23.592 los actores deben demostrar la existencia de un acto discriminatorio, a diferencia de lo que sucede dentro de la Ley 23.551, respecto de la cual solamente deben demostrar la representación gremial y el despido, presumiéndose entonces la conculcación de la libertad sindical. En el ya citado precedente “Álvarez c/ Cencosud”, la Corte Nacional confirmó implícitamente la decisión de la Sala II de la CNAT en orden a que la carga de demostrar la situación que se invoca como el origen del acto lesivo se encuentra a cargo del trabajador, utilizando incluso indicios, cumplido lo cual, el dador de trabajo tiene a su cargo probar que el despido tuvo una causa distinta que excluye cualquier animosidad para con el activista gremial.

Aplicando tales conceptos al caso de autos, tenemos que la relación laboral entre los actores y la demandada terminó por vencimiento del plazo acordado por las partes. Ello, como ya lo dije, no importa discriminación alguna, toda vez que los demandantes conocían antes de su postulación como representantes sindicales de la existencia de una fecha de finalización del contrato suscripto. Por ende, tienen que existir otras circunstancias que autoricen a considerar que la no renovación del contrato con los actores obedece a su condición de delegados sindicales.

A contrario de lo sostenido por la a quo no encuentro que esté probado, ni siquiera indiciariamente, el acto discriminatorio. Si bien es cierto que de las declaraciones testimoniales de autos surge que existían serios conflictos respecto del personal que se desempeñaba en la radio municipal, y que existieron reuniones entre el Sindicato de Prensa y las autoridades de la gestión saliente y de la que asumiría funciones el 10 de diciembre de 2011, con el objeto de mejorar las condiciones de trabajo de dicho personal y asegurar su continuidad con el nuevo gobierno municipal, no se ha acreditado un dispar tratamiento entre los actores y los restantes trabajadores de la radio.

Adviértase que del listado obrante a fs. 5/8, y que se corresponde con los trabajadores de la radio que se desempeñaban contemporáneamente con los actores, ninguno continuó trabajando a partir de enero de 2012 (ver listados de fs. 52/53), excepto los señores Marcucci y Lacruz, quienes no aparecen como trabajadores durante el mes de enero de 2012, y sí lo hacen en el mes de febrero de 2012.

En otras palabras, no aparece probado que la decisión de no renovar los contratos se relacione con la actividad gremial de los actores, sino que, conforme la prueba producida, tal decisión es común con la adoptada respecto de la mayor parte de los trabajadores de la radio. A ello cabe agregar que la desvinculación de los demandantes por el vencimiento del plazo contractual se produce en oportunidad de cambiar la titularidad de la gestión del gobierno municipal, como consecuencia del resultado del acto comicial (finalización de la intendencia del señor Farizano y asunción de funciones por parte del señor Quiroga), por lo que la no renovación de los contratos se relaciona más con los cambios comunes que operan en el Estado ante el cambio de titularidad del órgano ejecutivo, que con la calidad de delegados gremiales de los demandantes. Adviértase que los testigos –todos integrantes del Sindicato de Prensa– dan cuenta de las reuniones mantenidas con las autoridades municipales, de las que participaron como testigos los actores, en su condición de delegados gremiales, pero nada dicen sobre circunstancias o situaciones que permitan presumir animosidad respecto de los accionantes. Tampoco se encuentra probado que haya existido un hecho o una actividad de los actores que pudiera haber influido en la decisión de no renovar la contratación. Las autoridades municipales no se opusieron a la elección de delegados, se reunieron con el Sindicato de Prensa, e incluso avanzaron en la prórroga de los contratos que vencían con el mes de diciembre de 2011, aunque finalmente aquella no se concretó. No hubieron huelgas, ni asambleas por parte del personal, ni actividad relevante de los delegados que pudieran haber determinado la no renovación de los contratos, decisión que, conforme se dijo, fue general para la mayor parte de los empleados de la radio.

Lo expuesto determina que se ha de revocar la sentencia recurrida, y rechazarse la demanda.

IV.- Previo a finalizar mi voto entiendo oportuno señalar que, dado los términos en que se planteó esta acción y la pretensión de los actores, no se discute la legitimidad y legalidad del tipo de vínculo que unió a las partes.

Ya he señalado la injusticia e ilegalidad del estado de precariedad laboral en que se coloca a los trabajadores públicos cuando se abusa de las excepciones estatutarias que permiten la contratación temporal, para violar la garantía de estabilidad (art. 14 bis, Constitución Nacional), pero tal cuestión, conforme lo dije, es ajena a esta acción.

Asimismo, tampoco encuentro aplicable a autos la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “Ramos c/ Estado Nacional”, ya que la relación contractual analizada por la Corte tuvo una duración de 21 años, en tanto que la vinculación de los actores con la demandada fue marcadamente menor (un año). Además la Corte en el fallo señalado habilitó una reparación por la desvinculación del trabajador público, producto de la decisión de no renovar su contratación, en tanto que en autos se persigue la reparación de los daños derivados de un acto discriminatorio, que como se dijo no se encuentra configurado, o la percepción de los salarios caídos, a la que los demandantes no tienen derecho por no estar amparados por la tutela sindical de la Ley 23.551.

V.- Por lo hasta aquí expuesto, propongo al Acuerdo revocar el decisorio apelado, y rechazar íntegramente la demanda.

En cuanto a la imposición de las costas procesales, teniendo en cuenta la naturaleza de la cuestión planteada, y la complejidad de la situación de autos, entiendo que deben ser impuestas en el orden causado en ambas instancias (arts. 68 2do.ap. CPCyC y 17 Ley 921).

Regulo los honorarios de los letrados intervinientes, por su actuación en primera instancia, en la suma de \$ ... para el Dr. ..., letrado apoderado de la parte actora, de conformidad con lo establecido en los arts. 6, 9 y 10 de la Ley 1594.

Los honorarios por la actuación ante la Alzada se han de regular de acuerdo con la pauta del art. 15 de la ley arancelaria.

El Dr. Federico GIGENA BASOMBRIÓ dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta SALA II.

RESUELVE:

I.- Revocar la sentencia de fs. 120/128 y rechazar íntegramente la demanda, de conformidad con los considerandos de la presente.

II.- Imponer las costas, teniendo en cuenta la naturaleza de la cuestión planteada, y la complejidad de la situación de autos, en el orden causado en ambas instancias (arts. 68 2do.ap. CPCyC y 17 Ley 921). III.- Dejar sin efecto la regulación de honorarios profesionales (art. 279 CPCyC), los que adecuados al nuevo pronunciamiento, por su actuación en primera instancia, en las siguientes sumas: para el Dr. ..., letrado apoderado de la parte actora, en la suma de PESOS ... (\$...) (arts. 6, 9 y 10 de la Ley 1594).

IV.- Regular los honorarios por la actuación ante la Alzada, para el Dr. ..., letrado apoderado de la parte actora, de PESOS ... (\$...)(art. 15 L.A.).

V.- Regístrese, notifíquese electrónicamente, y, oportunamente, vuelvan los autos al juzgado de origen.

Dr. Federico Gigena Basombrío - Dra. Patricia M. Clerici

Dr. Miguel E. Buteler - SECRETARIO